

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

PRISCILA ZINCZYNZYN

TUTELA JURISDICIAL DE POLÍTICAS DE INCLUSÃO

São Paulo

2016

PRISCILA ZINCZYNZYN

TUTELA JURISDICIAL DE POLÍTICAS DE INCLUSÃO

Artigo Científico apresentado ao UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos, apresentado no crédito ministrado pela Prof.^a

São Paulo

2016

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo central o estudo da aproximação das tutelas jurisdicionais, que visam garantir maior celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Para tanto, são estudadas as diversas espécies de tutelas jurisdicionais (tutela constitutiva, condenatória, declaratória, mandamental e executiva *latu sensu*) e a classificação destas, além dos meios executivos existentes no sistema processual civil brasileiro para assegurar a satisfação dos provimentos. A inclusão consiste na construção de uma sociedade nova, alterando a mentalidade de todas as pessoas. O Brasil é respeitado por ser um dos países com legislação avançada nesse sentido, tendo como destaque a acessibilidade para pessoas com deficiências. Nesse sentido, a proteção jurídica diferenciada outorgada pela Constituição Federal não representa uma benesse do Estado às pessoas portadoras de deficiência, de modo que o Estado e a sociedade devem garantir a igualdade e a dignidade dessas pessoas.

Palavras-chaves: Tutela Jurisdicional. Inclusão. Políticas Públicas.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 05 |
| 1 TUTELA JURISDICIAL | 07 |
| 2 TÉCNICAS EXECUTIVAS APLICÁVEIS ÀS ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIAL | 09 |
| 2.1 Técnicas executivas de coerção (execução indireta) | 13 |
| 2.2 Técnicas executivas de sub-rogação (execução direta)..... | 15 |
| 3 POLÍTICAS DE INCLUSÃO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MEDIANTE A TUTELA JURISDICONAL | 19 |
| CONCLUSÃO | 23 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 24 |

INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional depende, em regra, da certeza jurídica de um direito e da prática de atos suficientes à sua satisfação. A certeza jurídica do direito é obtida por meio de um processo de conhecimento, enquanto sua satisfação advém do processo de execução.

O sistema processual brasileiro, como regra e há muitos anos, conferiu absoluta autonomia entre os processos de conhecimento e de execução, de modo que, primeiro, era obtida a declaração do direito e a previsão da obrigação, com a exortação do obrigado ao cumprimento (provimento condenatório), por meio do processo de conhecimento e, depois, buscava-se a execução *ex intervallo*.

Seguindo a tendência renovadora e já com previsões esparsas no ordenamento jurídico, foi editada a Lei nº 11. 232, de 22.12.2005, que consolidou a tendência do direito processual civil contemporâneo e unificou a cognição e a execução num mesmo processo, em prol da pretensa efetividade (art. 5º, inciso LXXVIII, CF).

Pela nova sistemática, permite-se que a declaração do direito e sua satisfação sejam desenvolvidas, em relação de continuidade, como segmentos de um mesmo processo, uma vez que foi suprimida a necessidade de citação do réu e a defesa do réu veiculada pelos embargos do devedor foi substituída pela impugnação (mero incidente, em regra desrido do efeito suspensivo).

As alterações legislativas foram motivadas, entre outros fatores, pela necessidade de conferir maior dinamismo à execução e, ao menos numa tentativa, de refrear a recalcitrância e restringir sua margem de possibilidade de obstar acintosamente o curso do processo.

O tempo deve orientar o processo na obtenção do fim a que se destina, tutelando o direito num momento que ainda tenha utilidade e interesse ao seu legítimo detentor.

Na tentativa de ajustar a disciplina do Código de Processo Civil à novel sistemática, o legislador procedeu à alteração do conceito de sentença (art. 162, do CPC) para levar em conta o seu conteúdo e não mais a aptidão de colocar ou não

termo ao processo (ou aptidão para encerrar a atividade em primeiro grau de jurisdição), porquanto, em relação aos provimentos de eficácia condenatória, autorizou-se a superveniência de atos voltados à satisfação do direito em fase continuativa, consolidando, assim, a aproximação da cognição e a execução num mesmo processo.

O antigo artigo 584, inciso I, do CPC, igualmente, foi alterado e substituído pelo artigo 475-N, no qual o termo ‘condenatória’ foi suprimido do texto do inciso I, surgindo sérias divergências em relação aos efeitos desta modificação legislativa ao conceito dado, tradicionalmente, pela doutrina à sentença condenatória e, por conseguinte, em relação à classificação das tutelas jurisdicionais.

Parte dos autores passou a sustentar que a alteração legislativa pretendeu incluir entre os títulos executivos a sentença meramente declaratória, atribuindo a esta a eficácia executiva; enquanto outros autores repudiam tal entendimento.

A educação e a inclusão de deficientes de qualquer natureza são direitos de todos e dever do Estado e que, no âmbito Municipal, encontram-se representados pelas escolas, as quais têm a responsabilidade de atender todos com qualidade, sem distinção da raça, da religião ou posição social.

Destaca-se que a inclusão atualmente é uma necessidade primordial e que a escola, a família, a sociedade e o Estado precisam oferecer a todos, sem distinção, os direitos que lhes são inerentes.

O objetivo principal do presente artigo é analisar a tutela jurisdicional de políticas de inclusão, bem como examinar as técnicas executivas colocadas à disposição do magistrado para garantir a efetividade à prestação dessas tutelas jurisdicionais.

1. TUTELA JURISDICIONAL

O exercício da jurisdição dá-se por meio do processo, que representa o:

Instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.¹

Através do processo é prestada a tutela jurisdicional pretendida por aquele que peticiona em juízo, não podendo o Estado prestar a tutela jurisdicional, enquanto não for provocado pela parte.

A parte, frente ao Estado-Juiz, portanto, dispõe de um poder jurídico, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado.

Na lição de Humberto Theodoro Junior²:

Ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz.

Para os defensores da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito só existe quando também existe o próprio direito material a tutelar, de modo que a ação é o direito à sentença favorável, isto é, o direito de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material.

Para os defensores da ação, como direito abstrato, teoria atualmente dominante, o direito de ação é o direito à composição do litígio pelo Estado, que, por isso, não depende da efetiva existência do direito material da parte que provoca a atuação do Poder Judiciário.

Há, ainda, quem conceitue o direito de ação como o direito a uma resposta de mérito, seja ela de procedência seja ela de improcedência (teoria eclética).

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e outros. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.46.

Pois bem, independentemente da corrente adotada, há que distinguir o direito de ação processual do direito de ação constitucional. Alguns processualistas criticam a teoria abstrata do direito de ação, por entendem que tal conceituação confunde o direito de ação processual com o direito de ação constitucional.

No entanto, toda e qualquer lesão ou ameaça ao direito pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário, conforme dispõe o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Somada essa garantia a outros princípios também de estatura constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o *due process of law*, entre tantos outros, é possível perceber que, quando não solucionados espontaneamente os conflitos de interesses, a resolução dos mesmos dependerá: em primeiro lugar, da iniciativa por parte dos indivíduos, autoridades ou coletividades, interessados ou responsáveis pela proteção dos direitos violados ou ameaçados, assim desencadeando a atuação do órgão judicial competente para resolver o litígio; a partir de então, tem início o processo, meio através do qual a lide será exposta e debatida, as alegações serão ou não comprovadas, até que ao final se obtenha uma solução imparcial para o conflito.

Convém lembrar que muitas vezes a atividade meramente cognitiva exercida pelo julgador é incapaz de satisfazer por completo o respectivo titular, fazendo-se também necessárias atividades voltadas a alterar a situação fática existente, com a realização de atos materiais capazes de interferir no mundo sensível.

Enfim, nos últimos anos várias formas de tutela jurisdicional foram desenvolvidas no Brasil, com o objetivo de que o processo passasse a ser um instrumento cada vez melhor aparelhado para proteger e realizar, de modo preciso, adequado, útil, tempestivo e seguro, os direitos atribuídos pelas normas substanciais:

A questão da efetividade do processo obrigou o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito material mediante cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza.³

Luiz Guilherme Marinoni sustenta que as espécies de tutela dos direitos estão previstas nas normas materiais, às quais o sistema processual deve servir,

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. In: Revista AJURIS, n. 61, julho de 1994, p. 64.

oferecendo mecanismos, técnicas capazes de realizar em concreto a situação juridicamente protegida em abstrato. Diante de tal raciocínio, somente uma classificação seria possível, quanto à tutela dos direitos: aquela que levasse em conta exclusivamente o direito material atingido ou ameaçado. Todas as demais classificações que tivessem relação com a forma através da qual o processo realiza o direito substancial corresponderiam apenas a técnicas e não, a espécies de tutela. Além disso, reconhece que a tutela jurisdicional é apenas uma dentre as várias espécies de tutela jurídica:

A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. Ou melhor, a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos.⁴

Feitas estas considerações, para não quebrar a metodologia do discurso, deslocando o pensar para ponto distante do núcleo da tese, serão examinadas as técnicas executivas aplicáveis às espécies de tutela jurisdicional, em demonstração no tópico seguinte.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145-146

2. TÉCNICAS EXECUTIVAS APLICÁVEIS ÀS ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL

Violado o direito, torna-se necessária a adoção de medidas destinadas a assegurar a observância do ordenamento jurídico. Primeiro, busca-se a certeza jurídica do direito por meio da atividade cognitiva e, ao exauri-la, é preciso dotá-la de eficácia prática.

O conjunto dos atos processuais destinados à satisfação do direito violado é praticado de forma articulada e são encadeados uns aos outros, sendo chamados de meios executórios. No ordenamento jurídico pátrio, o legislador chamou tais meios executórios de “espécies de execução”, denominação esta que identifica o título II, do livro II do atual estatuto processual civil. O estudo dessas espécies, ou meios, exibe o maior interesse, porque revelará as estruturas concebidas para a função executiva do ordenamento pátrio.

O sistema de meios idôneos à satisfação do direito violado, a princípio, deve levar em conta a natureza do direito violado. O tipo de medida apta a atuar de forma concreta, o comando da sentença depende fundamentalmente do tipo de obrigação não adimplida de forma espontânea. No entanto, essas variações de medidas não influem no tipo de crise apresentada ao juiz, que é sempre a mesma: inadimplemento. Por isso, em todos os casos, a sentença é condenatória.

Desse modo, considerando-se a situação de crise verificada no plano material (natureza do litígio), a tutela jurisdicional será declaratória, constitutiva ou condenatória, sendo suficiente a classificação ternária.

No entanto, em uma mesma relação jurídica pode surgir mais de uma crise, como no caso em que o réu nega-se a cumprir a obrigação, porque não reconhece a existência do débito. Neste caso, existem duas crises: a de certeza e a de inadimplemento, as quais podem ser tuteladas, cumulativamente, pela tutela condenatória e declaratória.

Não se pode, portanto, considerar apenas a natureza da relação material declarada para a determinação do tipo de tutela, devendo-se levar em conta também a crise a ser solucionada por ela.

Levando-se em conta a forma ou modo mais adequado à efetivação prática da tutela cognitiva, são identificados dois momentos da jurisdição: a cognição e a

execução. Primeiro, define-se a regra aplicável à situação concreta e, não sendo esta atividade suficiente, passa-se à segunda fase, representada pela efetivação prática do preceito, atingindo-se o fim último da jurisdição.

Em se tratando de tutelas declaratórias ou/e constitutivas, é suficiente a atividade cognitiva para solucionar a crise de certeza ou de modificação, dispensando-se a prática de atos materiais para dotá-la de satisfatividade plena. Já na tutela destinada a eliminar a crise de inadimplemento das obrigações, em regra, surge a necessidade do desempenho de atividade posterior à cognitiva, destinada a fazer com que a formulação da regra produza os efeitos práticos concretos. Sob este enfoque, apresentam-se as tutelas condenatória, condenatória-executiva (sentença executiva ou executiva *lato sensu*) e mandamental.

O processo cognitivo, portanto, destina-se precipuamente a assegurar certeza jurídica, razão pela qual não pode ser desprezado ou abandonado pelo sistema processual. Porém, por não ser suficiente para atingir o fim último da jurisdição, em alguns casos, deve-se conferir à técnica que o informa, dimensão proporcional à sua finalidade.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a principal distinção entre os sistemas jurisdicionais de execução está nos princípios que os regem, especialmente na observância ou não, do princípio da tipicidade dos meios executivos, considerado um dos princípios cardeais da execução. Esse princípio foi formulado pela doutrina – mergulhada nos valores do direito liberal - que construiu o processo civil clássico, a qual o pensou como uma garantia de liberdade diante da possibilidade de arbítrio do juiz.

O sistema processual brasileiro origina-se do *civil law*, de modo que, como regra, vigora o princípio da tipicidade na execução. Porém, as recentes alterações legislativas flexibilizaram tal princípio, conferindo ao juiz o poder de adequar as medidas coercitivas às necessidades concretas.

Nesse sentido, a atual redação do artigo 461, §5º do CPC quebrou o princípio da tipicidade ao outorgar ao juiz o poder de sancionar as suas decisões mediante o uso da multa, como ainda lhe outorga uma ampla margem de poder para a escolha da modalidade executiva capaz de atender às necessidades do caso concreto.

Assim, surge o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto, o que, por sua vez, torna necessária a reformulação do método de controle da utilização das modalidades executivas, para que seja assegurado o direito de defesa. E, a

ideia central da defesa do executado está fundada em se utilizar o meio executivo que cause a menor restrição possível (princípio da menor onerosidade).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart entendem ser necessário distinguir as sentenças em três categorias, quais sejam: satisfativas, mandamental e executiva e condenatória. Nessa esteira, ensinam os autores:

As sentenças satisfativas, que independem de execução, aí presentes as sentenças declaratória e constitutiva. As sentenças mandamentais e executivas, caracterizadas pela necessidade de se dar tutela específica ao direito material e aos diversos casos concretos, e por isso marcada por uma ampla latitude de poder de execução. E a sentença condenatória, voltada à tutela que se contenta com o pagamento de quantia certa, particularmente à tutela pelo equivalente ao valor da lesão, a qual se liga à execução por expropriação, isto é, a uma única forma de execução direta expressamente tipificada na lei, sem dar ao juiz qualquer possibilidade de ajuste ao caso concreto.⁵

Extrai-se dos ensinamentos expostos que os meios executórios (técnicas executivas ou espécies de execução) constituem a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente, os quais devem ser classificados, levando-se em consideração a natureza do bem e o envolvimento, ou não, da própria pessoa do executado.

Sob este enfoque, a doutrina distingue duas técnicas processuais para a satisfação do direito violado, oriundo das sentenças mandamental e executiva, quais sejam: aquela que se vale de meios coercitivos e aquela que se processa independentemente da vontade do réu e, por conseguinte, distingue a execução direta da indireta.

A execução direta dá-se através de meios executivos que permitem a realização independentemente da vontade do réu (meios de sub-rogação), ao passo que a execução indireta objetiva a realização do direito mediante meios de execução que atuam sobre a sua vontade, objetivando convencê-lo a adimplir (meios de coerção).

A divisão das técnicas processuais aplicáveis advém da diferenciação entre o tipo de bem almejado e o grau de envolvimento do executado para a obtenção do resultado pretendido, uma vez que existem obrigações em que a participação do executado é dispensável, como na execução pecuniária, ou obrigações em que esta

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2 e 3, 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 419.

participação pode ser suprida por terceiro, no caso de um fazer fungível. Nestes casos, é suficiente a utilização dos meios de sub-rogação, estando presente a denominada execução direta.

Porém, em outras situações, a participação do executado será inafastável, dadas suas aptidões pessoais, como nas obrigações de fazer infungíveis. Imprescindível, nesta hipótese, a utilização dos meios de coerção, havendo a execução indireta.

A sub-rogação abrange a expropriação (art. 647, CPC), a transformação (art. 634) e o desapossamento (art. 625), enquanto a coerção pode ser pessoal, por meio da ameaça de prisão (art. 733, *caput* e §1º), ou patrimonial por imposição de multa em dinheiro (arts. 287, 461, §§4º e 5º, 461-A, §3º, 644 e 645).

Nas execuções específicas das obrigações de fazer, não fazer ou de entrega, as duas técnicas, a da sub-rogação e a da coação, são amplamente utilizadas. Se a obrigação for infungível, a coerção será o único meio eficaz de compeli-lo; se fungível poderá ser utilizada a sub-rogação ou a coerção.

Nas obrigações de entrega de coisa também poderão ser utilizadas as duas técnicas. Se o executado não entrega o bem, o juiz poderá determinar que o Estado o faça em seu lugar, após a apreensão; ou pode impor multa – ou outros meios de coerção – para obrigar o devedor a satisfazer a obrigação.

Frise-se que a denominação de execução específica é destinada a denominar a execução das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, sejam estas condenações oriundas de título judicial ou extrajudicial. Assim, esta denominação é identificada pelo objeto do título a ser executado.

2.1 Técnicas executivas de coerção (execução indireta)

As técnicas executivas de coerção consistem na imposição de multas ou utilização de outros instrumentos, cuja finalidade será exercer pressão sobre a vontade dele, para que a cumpra. O Estado não substitui o devedor. Estas podem ser de duas espécies, quais sejam: as técnicas de coerção pessoal e de coerção patrimonial.

A coerção pessoal refere-se, em geral, aos métodos executivos que importem em opressão física da pessoa do devedor, isto é, é o meio executivo ligado à possibilidade de constrição ou limitação da liberdade como forma de induzir o credor a cumprir o que se lhe está sendo imposto, ou seja, a prisão civil do devedor da obrigação.

O direito romano institucionalizou como principal meio executório o denominado *manus injectio*, o qual se caracterizava com o emprego de força contra o próprio obrigado, ou seja, impunham-se castigos corporais ao executado como forma de obter o pagamento do crédito reclamado e, caso não fosse suficiente, ao devedor era imposta a sanção da morte.

Com o passar do tempo e sob a influência do liberalismo, implantou-se o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas, banindo-se tal meio executório do sistema jurídico do direito comparado, a partir da Revolução Francesa (1789).

Mais tarde, a imposição de multa (ou *astreinte*) revelou-se verdadeira necessidade geral para garantir o prestígio da função jurisdicional e a efetivação dos poderes de império dos órgãos judiciais. Nessa esteira, o ordenamento pátrio contempla a técnica coercitiva nos artigos 287, 461, §§ 4º e 5º, 461-A, §3º, 621, parágrafo único, 644 e 645 do CPC. E, ainda, inclui disposições incriminatórias aptas a englobar o comportamento concreto do executado como ato ofensivo à dignidade da jurisdição (art. 14, V), caracterizando o desacato. Resta evidente, portanto, que o ordenamento caminha nos rumos do *contempt of court*.

A aplicação da multa corresponde ao principal meio executivo de coerção patrimonial, uma vez que se onera o patrimônio do devedor que não cumpre voluntariamente aquilo a que se obrigou, por meio da imposição de multa, que passa a ter caráter de penalidade (preceito cominatório).

Em sendo assim, na atualidade, a multa diária ou *astreinte* pode ser imposta, a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, em razão de condenação em prestação de fazer fungível e infungível, positivas ou negativas, e na prestação para entrega de coisa. Nessa esteira, tal meio executivo encontra amparo legal não só no estatuto processual, como também em outras legislações extravagantes, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 84), na Lei da Ação Civil Pública (art. 11), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213) e na Lei dos Juizados Especiais (art. 54).

Sobre o tema, é importante destacar os trechos a seguir:

É verdade que em se tratando de obrigações infungíveis, especialmente a infungibilidade dita natural, a respectiva tutela executiva somente poderá ser obtida através de medida coercitiva, já que, diante da infungibilidade, é impossível a substituição da atividade do devedor pela do órgão jurisdicional, característica da medida sub-rogatória. Todavia, daí não é lícito inferir que em se tratando de obrigação fungível a tutela executiva correspondente deva sempre ser prestada, necessariamente, através de medida sub-rogatória. Isso porque mesmo sendo correto afirmar que, in abstrato, é sempre possível o uso de medida sub-rogatória nos casos de obrigação fungível, não é verdadeiro afirmar, de maneira apriorística e generalizada, que nesses casos é sempre preferível o recurso a tal tipo de medida, em detrimento do uso das medidas coercitivas.⁶

Luiz Guilherme Marinoni traz um importante exemplo, relacionado à imposição de entrega de coisa (art. 461-C, CPC). Alerta para a possibilidade de utilização de medida coercitiva indireta em lugar da busca e apreensão na “hipótese em que a coisa devida constitua uma grande máquina, que exige dispêndio considerável de dinheiro para o seu desmonte e transporte”. Em uma situação desse tipo, o uso da multa não só é permitido, como consiste no meio mais eficaz para a tutela do direito.⁷

Assim, há uma tendência de conferir à tutela das obrigações de fazer e não fazer, fungível ou infungível, a técnica de execução indireta, segundo a qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida de coerção indireta.

Essa, contudo, nunca foi uma regra absoluta e, com a vigência da Lei Federal nº 11.232/05, o que era regra (execução por sub-rogação para pagamento de quantia) tornou-se exceção, ao menos nos casos em que a obrigação decorre de título judicial. Isto porque, como se pode ver no capítulo relativo ao cumprimento de sentença, o art. 475-J, do CPC prevê a incidência de multa fixa, cuja função é justamente compelir o devedor a promover o pagamento que lhe cabe, o que revela o nítido caráter coercitivo indireto da medida prevista legalmente.

Considera-se, ainda, como meio de execução indireta, a concessão de estímulos ao cumprimento da obrigação, como a isenção do pagamento de custas e honorários advocatícios prevista na ação monitória (CPC, 1102c, §1º) e redução da verba honorária no caso de pagamento na execução de título extrajudicial (CPC, 652-A, parágrafo único).

⁶ GUERRA, apud FREDIE DIDIER JR., Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 2^a edi. Salvador/Bahia: Podivm, 2008, p. 396.

⁷ MARINONI, apud DIDIER JR., Fredie **Curso de Direito Processual Civil** – Vol. 2, ob. cit., p. 396.

Extrai-se, portanto, do sistema legal, que as técnicas executivas indiretas incidem diretamente sobre a vontade do devedor, encorajando-o ao cumprimento voluntário da obrigação; ou, desencorajando-o ao inadimplemento da prestação.

2.2 Técnicas executivas de sub-rogação (execução direta)

A partir do desaparecimento da vinculação da pessoa à dívida, as técnicas executivas denominadas, de forma genérica, sub-rogatórias ganharam especial importância no mundo jurídico, uma vez que por meio destas técnicas a atividade jurisdicional permite que, ainda que contra a vontade do executado e sem sua participação, seja possível entregar ao exequente o *corpus* e o *genus* almejados.

Nestas, o Estado-juiz substitui-se ao devedor no cumprimento da obrigação. O Estado, sem nenhuma participação do devedor, satisfaz o direito, no seu lugar, como exemplo, quando o devedor não paga, o Estado toma os seus bens e os vende em hasta pública, pagando com o produto o credor.

No sistema da execução específica, as técnicas de sub-rogação são utilizadas de forma subsidiária aos métodos de coerção. Se por um lado as multas (técnica de coerção patrimonial) têm finalidade de pressionar psicologicamente o obrigado e convencê-lo a optar em cumprir o preceito por vontade própria, as demais medidas que se encontram no parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil visam produzir, elas próprias, os resultados práticos ditados pela sentença.

Entretanto, tais técnicas não podem ser aplicadas no caso de obrigações de fazer infungíveis, pois nestas a atuação do devedor é imprescindível, para que haja a entrega da obrigação específica ao exequente, o que não se coaduna à idéia de sub-rogação.

As técnicas executivas sub-rogatórias distinguem-se entre si pelo modo de penetração na esfera patrimonial do devedor. Estas podem ser denominadas de meios executivos de desapossamento, da transformação e da expropriação.

O desapossamento consiste em procurar a coisa e encontrando-a, esta é tomada do poder do devedor, por meio da atividade jurisdicional e entregue ao

exequente. O objetivo deste meio executivo é obter o *corpus*, sendo, em regra, dispensável a colaboração do devedor.

Em se tratando de bens móveis, utiliza-se a busca e apreensão (CPC, 461-A, § 2º); e, em se tratando de bens imóveis, utiliza-se a imissão na posse (CPC, 625).

Este meio executivo, como regra, é utilizado na execução de obrigação de entrega de coisa certa e de direitos reais, uma vez que relutando o devedor em entregar a coisa, esta será colocada à disposição do credor por ato de funcionário da justiça, em atenção à determinação emanada pelo juiz.

Assim, é possível que se diga que a força judicial estatal se sobrepõe à vontade do devedor inadimplente, efetivando o ato traslativo necessário à satisfação do credor. No entanto, é indispensável que, em se tratando de bem móvel, a coisa esteja perfeitamente identificada e seja conhecida sua localização, sob pena de se tornar inócuas a medida executiva.

Não localizada a coisa a ser entregue, é possível a conjugação de outra técnica de coerção, já que não há qualquer óbice na utilização de mais de uma técnica executiva para a obtenção do resultado.

A técnica de transformação, em regra, é utilizada de forma subsidiária ao meio de coerção, para o cumprimento de obrigações de fazer fungíveis ou de direitos a ela equiparados (CPC, 633 e seguintes do CPC). Esta consiste na determinação judicial, para que terceiro realize o dever no lugar do executado e o credor terá o direito de ser resarcido do valor pago pelo que foi despendido.

Desse modo, por exemplo, em se tratando de execução de obra, caberá ao juiz nomear um empreiteiro, a quem se incumbirá de avaliar a natureza da obra, sua extensão e custo do empreendimento, apresentando proposta de execução ao juiz. Aprovada a proposta, ordenará que o exequente adiante o pagamento das despesas, sendo assegurado o direito de preferência em relação a terceiros.

Prestado o fato, poderá o devedor impugná-lo, o que deve ser dirimido pelo juiz. Não havendo impugnação ou sendo esta julgada, o juiz condenará o devedor a pagá-lo.

Este meio executivo impõe ao exequente o ônus de arcar antecipadamente com os custos necessários, para a realização da prestação de fato assumida pelo devedor, o que ensejará nova execução, agora pecuniária, contra o mesmo devedor. Mas, garantirá a entrega da obrigação infungível.

Por gerar nova execução, é severamente criticado pela doutrina e pouco utilizado na prática, sendo relegado ao segundo plano, com o advento do estatuto da execução específica.

A expropriação consiste na apropriação de porção patrimonial do devedor correspondente ao valor representado pelo bem da vida, não podendo se falar em execução específica, pois não se obteve o resultado específico. Estará relacionado à execução de uma prestação específica, apenas no momento da cobrança de valores fixados pelo cumprimento tardio (multas ou indenizações) e no caso do resarcimento pelas despesas efetuadas na sub-rogação por transformação.

A principal distinção entre a expropriação e o desapossamento está na finalidade que se deseja dar à coisa que é retirada da esfera patrimonial do devedor. No desapossamento, a própria coisa é o bem da vida desejado pelo credor, enquanto que na expropriação é o valor econômico representado por ela.

Trata-se de técnica executiva também destinada ao cumprimento de obrigações pecuniárias.

Inicia-se por meio do ato constitutivo da penhora e poderá se desenvolver de quatro formas diversas, de acordo com o objeto da penhora, quais sejam: adjudicação, alienação por iniciativa particular ou em hasta pública e usufruto forçado (art. 647, CPC).

A adjudicação é o ato pelo qual o próprio credor adquire o bem penhorado. Com a edição da Lei nº11. 382/06, que introduziu o artigo 685-A, este meio expropriatório tornou-se o primeiro meio a ser utilizado, afastando-se seu caráter subsidiário à alienação em hasta pública.

A alienação por iniciativa particular está regulada no artigo 685-C, do Código de Processo Civil e consiste na alienação do bem penhorado por iniciativa própria do exequente ou através de concurso de corretor credenciado pelo juízo da execução, a quem se atribuirá a incumbência de localizar interessados na aquisição de bens.

Neste caso, caberá ao juiz fixar a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições do pagamento e as garantias porventura exigidas na venda a prazo, bem como o valor da comissão de corretagem, se o caso (art. 685-C, §1º).

A alienação por hasta pública, por sua vez, dá-se em leilão público e oficial, observando-se previamente os sucessivos atos processuais previstos na legislação processual, como avaliação do bem, publicação de editais e arrematação do bem por terceiro interessado. Por meio da arrematação, o órgão jurisdicional aceita a

proposta mais vantajosa e transfere o domínio da coisa pertencente ao executado para o adquirente, por meio da expedição da respectiva carta.

Há uma tendência de conferir à tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro a técnica de execução direta por sub-rogação, que se dá pelo desapossamento. No entanto, com a introdução do art. 461-A, do CPC, tornou-se possível sua efetivação por meio de coerção indireta.

Em relação às obrigações, a técnica de execução utilizada, em regra, sempre foi a sub-rogação, que se daria pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exequente. No entanto, com a vigência da Lei nº 11.232/05, foi prevista a incidência de multa processual para o caso de inadimplemento voluntário, o que é uma técnica de execução indireta.

Conclui-se que a análise do caso concreto revelará qual o meio executivo mais adequado para atingir o fim único da função jurisdicional, qual seja: a efetiva prestação da tutela jurisdicional por meio da entrega do bem da vida almejado.

3 POLÍTICAS DE INCLUSÃO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MEDIANTE A TUTELA JURISDICONAL

No Brasil, a Lei Federal nº 7853, de 24 de outubro de 1989, assegura os direitos básicos dos portadores de deficiência. Em seu artigo 8º constitui como crime punível com reclusão (prisão) de 1 a 4 anos e multa, quem:

1. Recusar, suspender, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, porque é portador de deficiência.
2. Impedir o acesso a qualquer cargo público porque é portador de deficiência.
3. Negar trabalho ou emprego, porque é portador de deficiência.
4. Recusar, retardar ou dificultar a internação hospitalar ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar ou ambulatória, quando possível, a pessoa portadora de deficiência.

A inclusão social consiste, portanto, na construção de uma sociedade nova, alterando a mentalidade de todas as pessoas.

O Brasil é considerado um dos países com mais avançada legislação nesse esforço. O destaque está na acessibilidade por parte de pessoas com deficiências. A chamada lei de acessibilidade está no Decreto Federal 5296/2004. Porém, muitas pessoas desconhecem as leis e outras vivem ainda à margem das políticas de inclusão social.

Na Constituição Federal (CF), o título VIII dedica-se à Ordem Social, e parte do capítulo III, dedica-se à educação. O artigo 205 da CF dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, da família e requer a colaboração da sociedade. E esse mesmo artigo recomenda que o objetivo da educação consista em garantir o pleno desenvolvimento de todas as pessoas, bem como o preparo para o exercício da cidadania e do trabalho.

Corroborando com Luciano Simões de Souza:

A cidadania implica a possibilidade de o individuo desenvolver a personalidade e a autoestima (ser), de estabelecer laços solidários e construtivos de pertencimento social e de participação pró-ativa [sic] nos

seus espaços de convívio social (estar), bem como de participar do sistema produtivo ao realizar tarefas socialmente reconhecidas (fazer).⁸

Os direitos sociais exigem das pessoas e do próprio Estado uma postura de coletividade e não individualizada como originária do direito clássico. A tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige a renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver as novas questões que certamente irão surgir. Foi esta, exatamente, a razão para a retirada do termo individual do dispositivo constitucional que assegura a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV). Percebe o legislador profundas alterações no campo dos direitos, mais voltadas para o social e o coletivo do que para o individual.⁹

Para Jonas Luiz Moreira de Paula procura fazer uma ligação de um instituto de direito civil com o sistema social eleito pela Constituição Federal e garante que existe a possibilidade de ser aplicado na esfera pública. Defende ainda que o jurista moderno tenha papel importante para alterar conceitos tradicionais da ciência jurídica.¹⁰

Aborda a obrigação de fazer, prevista no artigo 632 e a obrigação de não fazer, no artigo 642 do Código de Processo Civil como meio para exigir do Estado a realização da justiça social. Mesmo sendo a obrigação de fazer e não fazer de natureza civil e aplicada a relação entre particulares, esse instituto pode ser aplicado ao Estado, com objetivo de exigir a realização da justiça social.

No Plano social e econômico, o país tem ratificado alguns avanços, como melhoria do acesso à educação, alimentação e projetos sociais, reduzindo, um pouco, as desigualdades sociais.

No entanto, apesar do mandamento constitucional de inclusão dos portadores de deficiência, enfrentam-se problemas para sua efetivação, seja por desconhecimento de seus direitos, seja pela indiferença da sociedade e do Estado em admitir as diferenças e promover a devida inclusão.

⁸ SOUZA, Luciano Simões de. **A Educação pela Comunicação como Estratégia de Inclusão Social:** o caso da escola interativa. In: GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; PINTO PAHIM, Regina (orgs.). Educação. São Paulo: Contexto, 2007, p. 168.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 55.

¹⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social:** revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002, p. 162.

Sob tal ponto de vista, urge observar que as políticas afirmativas ou inclusivas adotadas nas sociedades contemporâneas, têm ganhado um significado político e jurídico. Registra-se a mobilização do Estado e da sociedade civil no sentido de assegurar às minorias a efetividade do direito à igualdade.

Deste modo, tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, com vista a dar-lhes tratamento jurídico mais isonômico, tem sido a tônica das políticas afirmativas de minorias, a fim de que o princípio constitucional da igualdade entre as pessoas efetive-se e não se reduza a uma significativa declaração de intenções.

Flávia Piovesan, lutadora na proteção dos direitos fundamentais, definindo as ações afirmativas como sendo medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, como crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e diversidade. E mais, segundo esta, é pelas ações afirmativas que se transita da igualdade formal para a igualdade substancial ou material.¹¹

Sob tal perspectiva, a concretização do direito à igualdade importa a implementação de duas estratégias: 1) o combate à discriminação e 2) a promoção da igualdade, considerando-se que ambas não podem ser dissociadas.

Para tanto, além de normas proibitivas de comportamentos discriminatórios, deve-se atentar para aquelas normas que prescrevem uma discriminação positiva de maneira a incluir os grupos historicamente marginalizados no núcleo da sociedade. No caso em tela, as pessoas portadoras de deficiência.

Nesse sentido, há direitos que deverão ser garantidos às pessoas com algum tipo de deficiência, sem nenhuma exceção, distinção ou discriminação, destacando-se: a) o direito ao respeito à sua dignidade como pessoa humana; b) à adoção de medidas próprias a capacitar-las a tornarem-se, quanto possível, autoconfiantes; c) o direito a tratamento médico, psicológico e funcional para desenvolvimento de capacidades e habilidades; e d) à segurança material em nível de vida decente, em atividades produtivas e remuneradas de acordo com as aptidões.

O art. 3º da Lei nº 7.853/1989 estabelece que possa ser interposta ação civil pública destina a proteger interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, prevendo, assim, que são legitimados ativos para propor ação civil pública no interesse de pessoa portadora de deficiência: 1) o Ministério

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2012.

Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; 2) a associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência.

Fazoli e Ripoli descrevem que a ação popular é um instrumento que pode e deve ser empregado na proteção dos direitos fundamentais, discorrendo-se de uma ação de índole constitucional, cujo emprego deve ser elevado ao máximo na concretização dos direitos. Assim sendo, concluem que qualquer ação, inclusive a popular, pode e deve ser empregada quando for capaz de assegurar adequada e eficaz tutela dos direitos coletivos fundamentais.¹²

Desta feita, impõe-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, bem como às associações civis, às autarquias, às empresas públicas, às fundações ou às sociedades de economia mista, uma atuação judicial mais ativa com o objetivo de se ver cumprido os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, possibilitando-se que, de fato, aconteça a inclusão das pessoas portadoras de deficiência no meio social.

Enfim, toda a discussão sobre o tema tem por objetivo colocar em prática o verdadeiro Estado Democrático de Direito, com vasta participação social, onde a igualdade, a dignidade e a diferença sejam respeitadas por toda sociedade e pelo Estado Brasileiro.

¹² FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RIPOLI, Danilo César Siviero. A **ação popular como instrumento de proteção das pessoas portadoras de deficiência**: uma crítica ao positivismo. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_eduardo_de_freitas_fazoli.pdf. Acesso em: 03-08-2016.

CONCLUSÃO

A inclusão social é o direito à acessibilidade a todas as pessoas que tenham qualquer tipo de deficiência, sendo certo que dentro do ordenamento jurídico nacional, é obrigação dos entes federais diminuírem as barreiras que venham impedir tal inclusão. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, em todos os níveis, constituem fundamentação para toda a atuação do poder público, não havendo o que se falar em falta de instrumentos legais que deem suporte a atuação estatal.

A luta das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência demanda grandes esforços para o alcance do que lhes é de direito.

A inclusão permanece sendo viável quando, por meio da participação em ações coletivas, os excluídos são capazes de readquirir sua dignidade e alcançam acesso à moradia, facilidades culturais e serviços sociais, como educação e saúde.

Nesse sentido, é possível que haja uma previsão de um longo período, em que as autoridades e instituições busquem manter a defesa dos interesses das classes proprietárias e da tecnocracia a elas aliada. Por outro lado, as diversas organizações da sociedade civil, adquirindo saber e experiência no manejo e na defesa das causas públicas, conquistam autonomia e autoconfiança na sua capacidade de governar o próprio destino no processo de transformação social e política.

E, dentro de qualquer divisão de competências constituída pela Constituição Federal e a legislação, a partir da omissão do ente federal ou do poder público na sua tarefa em concretizar o direito à acessibilidade, aos interessados faculta-se o socorro do judiciário em busca de tal direito, tendo a seu favor a possibilidade de utilização de uma série de ações judiciais.

Cabe ressaltar que a proteção jurídica diferenciada pela Constituição Federal às pessoas portadoras de algum tipo de deficiência não é um ato de beneficência que o Estado e a sociedade carecem ter em relação a esses seres humanos, mas a garantia de igualdade e dignidade das pessoas com o seu semelhante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e outros. **Teoria Geral do Processo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RIPOLI, Danilo César Siviero. A **ação popular como instrumento de proteção das pessoas portadoras de deficiência**: uma crítica ao positivismo. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_eduardo_de_freitas_fazoli.pdf. Acesso em: 03-08-2016.

FREDIE DIDIER JR., Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 2^a edi. Salvador/Bahia: Podivm, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2 e 3, 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. In: **Revista AJURIS**, n. 61, julho de 1994, p. 64.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2012

SOUZA, Luciano Simões de. **A Educação pela Comunicação como Estratégia de Inclusão Social**: o caso da escola interativa. In: GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; PINTO PAHIM, Regina (orgs.). Educação. São Paulo: Contexto, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I, 57^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.